

基金投资者诉建行仲裁案相关法律 问题评析

宣伟华*

中国国际经济贸易仲裁委员会2009年2月3日对国内首例“老鼠仓”民事维权案作出裁决。声称因上投摩根基金经理助理唐建“老鼠仓”行为而受损的投资者,向仲裁庭请求裁决建设银行向上投摩根追偿一案,仲裁庭认为,申请人的理由和证据均不足以支持其请求,故驳回其仲裁请求。

此案一经裁决,激起了市场人士的广泛关注和议论,有同情基民败诉的,有感叹维权困难的,有指责裁决不公的,还有建议立法的。那么,败诉真的值得同情吗?维权真的没有途径吗?裁决真的不公吗?法律真的不完善吗?本文试图通过剖析仲裁案件本身,论述基金纠纷之特殊性以及应有的维权之路径,对基金相关法律问题进行梳理并提出思考及建议,以帮助基金投资者提高对于基金纠纷的认识和应对能力,同时也希望有助于整个基金行业的健康发展。

* 国浩律师集团事务所律师。

一、事件回顾

上投摩根基金管理有限公司(以下简称上投摩根或管理人)原公司员工唐建自担任基金经理助理起,便用其父亲和第三人账户先于基金建仓前买入新疆众和股票,总共获利逾150万元。2008年4月8日,中国证监会在作出取消唐建基金从业资格,没收全部违法所得,并处罚款50万元的同时,对其实施终身禁入市场的行政处罚。

2008年5月26日,北京一名律师分别向基金管理人上投摩根,以及该基金的托管人中国建设银行股份有限公司(以下简称建行或托管人)发出公开法律意见书。意见书认为依据相关法律规范,唐建作为上投摩根公司的员工,上投摩根应向受损基民承担赔偿责任;建行作为基金托管人,有义务代表基民向基金管理人上投摩根追偿,有义务要求上投摩根赔偿基民财产损失。公开法律意见书发出后,建行及上投摩根均未作出回应。

2008年7月14日,该律师代理一位基民以建行为被申请人向中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称贸仲)提交了仲裁申请书,其仲裁请求为三项:(1)请求建行向上投摩根行使追偿权;(2)请求建行赔偿申请人因此案产生的交通费、公证费、误工费共计2,464元;(3)建行承担本案的仲裁费用。2008年7月28日,贸仲受理该案,并于10月8日进行了第一次开庭,2009年2月3日,仲裁庭对该案作出裁决。仲裁庭认为,原上投摩根员工唐建“老鼠仓”行为而受损失的投资者请求建行追偿一案,因“申请人的理由和证据均不足以支持其请求”,驳回其全部仲裁请求。

二、本案的基本法律问题

商事仲裁与民事诉讼一样,作为提出仲裁请求的申请人,一般地都会慎重考虑三个问题:提出的请求是否明确、具体、正当,并具有可执行

性?请求的理由和依据是否恰如其分并且充分?自己是否为适格的申请人,是否有权提出申请?作为仲裁庭作出裁决的前提也同样需要明辩这三个问题,而每个问题的核心是证据,包括事实根据和法律依据。那么,本案申请人以及仲裁裁决书是否令人信服地回答了这些问题呢?

(一)仲裁请求是否正当

本案中,申请人提出的仲裁请求有三个,其核心是要求仲裁庭对建行向上投摩根行使“追偿权”作出裁决。起初,仅仅从媒体报道中,这“追偿”两字让人纳闷,令人无法穿透其具体的、确切的含义,后来看到了长达26页的仲裁《裁决书》,但其中对于“追偿”的法律含义仍未见明确阐述,通览全文努力去探究才明白其大概。根据《裁决书》的相关内容,申请人的“追偿”可以演绎为:请求判令建行“做一件事”,即起诉上投摩根,让其赔偿包括申请人在内的全体基金投资人的损失,即赔偿(相当于唐建被没收的违法所得之金额)152万元,并将赔偿款归入基金财产。

然而,透过“追偿”两字应该认识到其代表了十分复杂的法律含义。如果将申请人认为的“追偿”进行完整的法律上的演绎,则其包含以下多重内容:(1)建行有权起诉上投摩根要求其赔偿全体基金投资人的投资损失;(2)损失就是相当于唐建被没收的违法所得152万元;(3)投资者的152万元的损失是唐建的“老鼠仓”行为造成的;(4)唐建是上投摩根的员工,因此其行为属于职务行为;(5)鉴于唐建的行为是职务行为,因此,相当于基金管理人实施了“老鼠仓”违法行为;(6)也因此应该由上投摩根来承担基金投资人的损失;(7)上投摩根并非向申请人赔偿,而是向基金财产赔偿,由损失确定时的全体持有人按份额共享胜诉成果;(8)鉴于上投摩根没有主动向基金投资人作出赔偿;(9)因此,建行有义务代替基金投资人起诉上投摩根要求其赔偿;(10)又因建行没有主动要求或起诉上投摩根作出赔偿,所以申请人只好自己提请仲裁;(11)虽然提请仲裁的申请人是“老鼠仓”行为发生时持有份额极小的投资者,且申请仲裁前早已赎回不再是持有人,但认为自己有权代替基金财产或者全体持有人行使仲裁申请权。

经过法律上的演绎,申请人的一言“追偿”实际上包含了11个内容完全不同的法律命题,且均为效力待定的法律命题,其中一个命题的

解决需要依赖于另一个命题的解决,或者一个命题的解决须以另一个命题的法律结论作为请求依据或理由。因此,申请人的此番申请,表面看只是一个请求,实际上却是向仲裁庭提出了多个请求。

事实上,申请人要求建行做的“这件事”,涉及多个市场主体,这些主体之间以基金财产为纽带,构成多重法律关系,包含了多个法律层面(如《信托法》、《合同法》、《证券投资基金法》、《劳动法》和《劳动合同法》、《行政处罚法》以及《侵权责任法》等)的不同主体(即基金投资者、基金财产、基金管理人、基金托管人、行政监管机构、公司特定化的员工、侵权行为人等)之间的“是”与“非”,“请求”与“被请求”。

那么,申请人的此番包含 11 个效力待定的法律命题的“追偿”请求究竟包含哪些层面的不同争议呢?我们可以从唐建的违法行为是否造成基金财产受到损失着手分析。这是人们普遍关注的问题,也是申请人所有请求中的一个核心问题。

对于唐建的行为是否令基金财产受到损失,本身是一个有争议的问题。这里,我们撇开损失是否实际发生不谈,仅就申请人把中国证监会对唐建作出的行政处罚决定中的有关描述,直接当作损失实际产生的依据来看,是没有说服力的,不能成为判定损失实际存在的依据,并借此作为要求索赔的理由。众所周知,行政机关通常只认定违法所得和违法交易金额,损失的确定不属于行政机关的行政权限范围,损失通常通过争议主体之间的协商、一方的自认,或经由民事诉讼(或商事仲裁)才可能最终被确定。

如此看来,申请人的请求似有以假设基金财产受到了损失的前提下提出的。把一个假设的,或本身具有争议的、效力待定的事项当作请求的依据,逻辑上是错误的。

不仅如此,假设损失确实存在,那么是侵权所致还是违约所致?假如是违约所致,就等于否认了唐建的个人行为,而肯定了是基金管理人的行为。因为唐建与全体基金投资人(以及申请人自己)之间没有任何合同关系,不存在违约之说。然而,又有哪个法定机构认定了、或法律规定了、或合同约定了唐建的行为就是管理人的行为呢?又有谁敢排除不是唐建个人的侵权行为所致呢?

再者,假如把唐建的行为视为管理人的行为,也就是申请人认为的

“职务行为”,那么,假设的结果就是管理人使基金财产受到了损失。那么,管理人究竟怎样使基金财产受到了损失,或者说管理人究竟实施了怎样的具体的违约行为呢?但透过仲裁《裁决书》,申请人只字未在仲裁申请以及庭后提交的答辩意见中进行揭示和举证。虽然,提到“基金因基金管理人管理上的失职而受到损害”,“上投摩根管理制度的缺失与漏洞是唐建‘老鼠仓’行为得逞的主要原因,因此,上投摩根应当对自己的监管失职行为承担责任”,但仍然只是空洞的指责,缺乏基本的证明过程。

不仅如此,假如管理人果真使基金财产受到了损失,那么不仅监管部门应该查处管理人,更重要的是申请人应直接将管理人列为被申请人,向其请求赔偿损失。可申请人似乎不是这个意思,申请人是在指责托管人没有起诉管理人追讨损失。这岂不成了指桑骂槐?究其原因,原来申请人的请求实质是要确认管理人的责任。莫非申请人是希望通过确认托管人的责任以达到确认管理人的责任?如果这样岂不是本末倒置!众所周知,无论是民事诉讼或是商事仲裁通常只能确认本案当事人的责任,对于案外人的本身有争议的事项不属于裁决范围。仲裁庭岂可“两案一裁”,甚至“数案一裁”!此不赘述。

根据仲裁《裁决书》以及我们所了解的情况,中国证监会并没有对申请人提出的唐建个人违法所得就是或等同于基金财产的损失作出结论,中国证监会无权作出该等结论,事实上也不可能具有对应关系,更不可能对应于申请人的个人损失。

综上,在上述种种问题没有定论的前提下,基金管理人凭什么主动向基金财产赔偿损失,又为何赔偿 152 万元?托管人又凭什么应该主动要求管理人赔偿呢?仲裁庭又如何裁决建行应该向上投摩根讨回 152 万元并归入基金财产呢?

可见,申请人试图通过一个名曰“提请追偿”的仲裁请求解决涉及多个层面的数个不同主体之间的多重法律纠纷,这只能是申请人的良好愿望,其违反了商事仲裁“一事一裁”的基本规则,不符合仲裁请求的正当性,在实践中也是行不通的。同时,在策略上申请人的请求既不具体,也不明确,并缺乏可执行性,因此,从一开始就埋下了败诉的种子。严重地讲,这是一个本来就不该发生的仲裁案件。

(二) 请求理由是否恰当

和民事诉讼相同,商事仲裁中的申请人必须对自己的仲裁请求进行举证,并阐明理由,即应当提出事实证据,以及法定或合同约定之依据,以支持自己的主张。

正如上文所述,申请人对自己的请求(事实上有多个请求,但无论哪个请求)所依据的证据或理由都属于效力待定的事项,本身存在争议,因此,这些“事实证据”完全是不恰当的。此处不再一一展开。

那么,其申请仲裁的直接理由,即以上投阿尔法《基金合同》第7条第7款第18项的内容(即托管人因管理人违反基金合同造成基金财产损失时,应当为基金向管理人追偿)作为请求仲裁的依据是否恰当呢?

本人认为,申请人依据《基金合同》中的有关条款作为其请求的理由和依据也是不恰当的。

《基金合同》第7条第7款第18项的基本法律含义,是指因基金管理人的原因造成基金财产损失后,在基金管理人对此损失不予赔付或置之不理时,托管人有权以自己的名义为基金财产的利益而向管理人行使索赔权。不难理解,《基金合同》的这项规定涉及三个主体之间的两个法律关系,即基金管理人与基金财产(这个虚拟主体)之间的损害赔偿关系,基金托管人(代位基金财产)与管理人之间的代位求偿关系。其中后一个法律关系中双方当事人之间的争议解决必须以前一个法律关系主体之间争议解决的结果为前提。

然而,问题是本案的申请人并非上述三个主体中的任何一个,也没有法律规定或者其他合同约定其可以当然代理或代表这些主体。那么,其提出仲裁请求怎么会依据与自己毫不相干的合同条款呢?岂不张冠李戴!

可见,本案申请人指责建行未尽到合理监管义务,要求建行履行追偿义务的仲裁请求,既缺乏效力确定的事实证据,也缺乏法定或合同约定之依据,且提出的请求与理由之间缺乏关联性。因此,相对于仲裁请求,其所依据的事实与理由均是不恰当的。

(三) 申请人主体是否适当

基金份额持有人以自己的名义为全体基金投资人的利益向基金

托管人提出仲裁请求,这不得不说是个大胆的、全新的尝试。然而,诉讼或仲裁是一项严肃的、具有最高效力法律意义的活动,它与当事人的财产、名誉或声誉,甚至生命息息相关。它不是儿戏,不能随心所欲地发起,更不能毫无依据地指责他人承担法律责任。否则,就是滥诉。

申请人在本案中并未就其有权以自己的名义为全体投资人利益提起仲裁事宜提供任何法定的或《基金合同》约定的依据。而根据《基金法》第70条第7项以及《基金合同》第7条第8款第8项的有关规定,基金份额持有人对基金管理人、基金托管人、基金份额发售机构损害其合法权益的行为有权依法提起诉讼。即基金份额持有人只能对其个人合法权益受到损害享有诉权,没有规定其有权代表或代理全体基金份额持有人就基金财产损失享有诉权。

同时,假如基金财产因基金管理人违反基金合同而受到损失,则根据《基金合同》第7条第7款第18项的规定,应该由基金托管人代位向基金管理人追偿。即托管人的追偿目的是为基金财产,而不是为特定的基金份额持有人。

即使申请人取得全体利益受损的基金份额持有人的授权,也不能代表基金财产提起诉讼或仲裁,因为,《基金法》以及《基金合同》明确规定了代行基金财产索赔诉讼权的只能是基金托管人,即法律或者合同已经规定了权利救济之主体,有法可依。托管人的这项诉讼权既是其法定权利,也是其法定义务。而当托管人懈怠该义务时,则基金份额持有人可以根据《基金法》第70条第7项以及《基金合同》第7条第8款第8项的有关规定向托管人提起损害赔偿仲裁申请。

可见,无论是对于基金份额持有人,还是对于基金财产,当其权益受到损害时都可以寻求合法保护,《基金法》和《基金合同》均对此规定了明确的法律救济途径。而本案申请人却并未按照法定的或合同约定的规定,寻求正当救济途径,却独创了第三条救济途径,其首当其冲将遭到仲裁主体是否适格的拷问。显然,本案申请人无权以全体持有人的代理人或基金财产的代表人的身份提请仲裁,其提起仲裁申请的主体资格是不适当的。

三、由本案引申出的其他基金法律问题

(一) 基民的何种权利受到了侵害? 基民维权缺乏途径吗?

根据《基金法》第70条的规定,基金份额持有人享有基金财产收益权,基金份额依法转让或者申请赎回权,基金份额持有人大会召集权、表决权,对基金管理人、托管人、基金销售机构的起诉权等八项权利。^①《基金法》第18条规定,基金管理人的董事、监事、经理和其他从业人员,不得从事损害基金财产和基金份额持有人利益的证券交易及其他活动。^②假如违反了该条的规定,给基金财产或者基金份额持有人造成损害的,则根据第97条的规定,有关人员应当依法承担赔偿责任。^③

本人认为,唐建的“老鼠仓”行为侵害的是“信托基金的财产权”以及基金份额持有人的“信托受益权”,均属于财产权纠纷,诉讼或仲裁性质属于给付之诉。基金投资人有权依据《基金法》的规定或者《基金合同》的约定,向违约人提起索赔仲裁申请;或者以侵权为由向侵害人提起索赔诉讼。从这个角度讲,基民维权不乏正当途径,且符合请求的正当性、理由的恰当性以及主体的适格性。

(二) “老鼠仓”行为是侵权还是违约? 是谁实施了侵权或违约行为? 基金投资者的损失如何确定?

2008年4月8日,证监会作出[2008]22号《行政处罚决定书》

^① 《基金法》第70条规定:“基金份额持有人享有下列权利:(一)分享基金财产收益;(二)参与分配清算后的剩余基金财产;(三)依法转让或者申请赎回其持有的基金份额;(四)按照规定要求召开基金份额持有人大会;(五)对基金份额持有人大会审议事项行使表决权;(六)查阅或者复制公开披露的基金信息资料;(七)对基金管理人、基金托管人、基金份额发售机构损害其合法权益的行为依法提起诉讼;(八)基金合同约定的其他权利。”

^② 《基金法》第18条规定:“基金管理人的董事、监事、经理和其他从业人员,不得担任基金托管人或者其他基金管理人的任何职务,不得从事损害基金财产和基金份额持有人利益的证券交易及其他活动。”

^③ 《基金法》第97条规定:“基金管理人、基金托管人的专门基金托管部门的从业人员违反本法第十八条规定,给基金财产或者基金份额持有人造成损害的,依法承担赔偿责任;情节严重的,取消基金从业资格;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”

(唐建)》,认定:“唐建先于有关基金买入同一公司股票的证券交易行为客观上会对相关股票的市场价格产生不利于有关基金的影响,使该基金投资该种股票的成本增加,从而损害了基金财产和基金份额持有人利益。”毫无疑问,唐建故意先于基金买卖股票的行为违反了法律的强制性规定,属于侵权行为,并使基金财产和基金份额持有人的投资权益受到一定的损失(就本案而言,尽管对应于阿尔法基金的每份基金净值受到损失的金额微乎其微),且损失结果与其行为之间具有必然的因果关系,符合侵权民事责任的四要件,应当承担侵权的民事责任。

唐建在“老鼠仓”事件中的违法行为,完全是其个人行为,无论是基金管理人,还是基金托管人,既未授权其实施该等行为,也不与其存在共同的故意或过错。基金管理人对员工管理上可能的疏忽并不会直接导致基金财产损失的发生。因此,就这类纠纷而言,信托受益权的侵害人只有一个,这就是直接实施侵权行为的人。

对于基金的投资收益损失,基金投资者可以在侵权行为持续阶段,按照一定的方法计算出标的股票被推高的每股成本,再计算出每份基金净值的损失金额。投资者则可按照其持有的基金之份额乘以每份净值的损失额得出自己的收益损失,得出索赔诉讼的请求标的。

(三)《基金法》上的“归入”与《证券法》上的“归入”有何不同? “老鼠仓”违法所得是归入基金财产,还是没收上缴国库? 基金财产的损失等同于唐建的违法所得吗?

“老鼠仓”事件发生后,许多专家、学者呼吁,应当将唐建的违法所得归入基金财产,本案申请人的仲裁请求目的似乎也指向了“归入基金财产”。但是,究竟是归入基金财产,还是归入国库,或者根本不存在归入之说,应当从违法违规行为的特征,给市场的危害程度,以及法律制度设计之目的来理解。

人们对于唐建的违法所得到底归入何方的争议,也许是缘于对《证券法》上的“短线交易”和“内幕交易”这两种不同的法律制度存在

模糊认识所造成的。^④

虽然两者均为针对特定主体设定的行为规制,但显然它们之间存在着本质的区别。“短线交易”的特点是:实施了短线交易且有盈利,而不问其主观是否利用了内幕信息,甚至是无意进行的短线交易。因此,只要短线交易获得收益,就必须无条件归入上市公司。当然,短线交易行为人,也将承担一定的行政责任,即警告和小额罚款。可见,短线交易收得应当归入公司资产的制度,首先是一种法定的民事责任,是《证券法》专门用以规范上市公司特定的股东们违规买卖本公司股票,遏制其通过短线交易而获利的一种制度安排。“内幕交易”的特点是:利用了内幕信息,强调的是主观过错,而不问其是否获得收益,即使内幕交易没有获得收益也要承担法律责任。因此,它是一种较短线交易更为严重的证券违法行为,属于法律禁止的交易行为。其承担的既有民事责任,^⑤又有行政责任,^⑥还可能承担刑事责任。鉴于内幕交易行为是一种严重违法法律禁止性规定的非法交易行为,故所得收益性质为非法,对非法所得的处置是没收上交国库,可并处罚金。“没收违法所得”是一种行政处置措施,由国家直接干预,不同于“短线交易所得”经由公司内部(董事会或股东)自行干预而归入公司资产。对于给投资者造成的损失,投资者还可以通过提起内幕交易民事赔偿诉讼实现

^④ 我国《证券法》第47条规定的“短线交易归入”制度,是指“上市公司董事、监事、高级管理人员、持有上市公司股份百分之五以上的股东,将其持有的该公司的股票在买入后六个月内卖出,或者在卖出后六个月内又买入,由此所得收益归该公司所有,公司董事会应当收回其所得收益。”同条第二款还规定,公司董事会应当主动收回其收益,如果董事会怠于收回,则符合条件的股东还可以以自己的名义提起股东代表诉讼,请求法院判令其归入公司资产。此外,股东的起诉权属于共益权。而《证券法》上的“内幕交易”,是指内幕信息知情人,或者非法获取内幕信息的人利用内幕信息从事证券交易之行为。

^⑤ 《证券法》第76条第3款规定:“内幕交易行为给投资者造成损失的,行为人应当依法承担赔偿责任。”此处,索赔请求权是投资者的一种自益权。

^⑥ 《证券法》第202条规定:“证券交易内幕信息的知情人或者非法获取内幕信息的人,在涉及证券的发行、交易或者其他对证券的价格有重大影响的信息公开前,买卖该证券,或者泄露该信息,或者建议他人买卖该证券的,责令依法处理非法持有的证券,没收违法所得,并处以违法所得一倍以上五倍以下的罚款;没有违法所得或者违法所得不足三万元的,处以三万元以上六十万元以下的罚款。单位从事内幕交易的,还应当对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告,并处以三万元以上三十万元以下的罚款。证券监督管理机构工作人员进行内幕交易的,从重处罚。”

司法救济。

那么,《基金法》上的“归入”和“没收”又是如何规定的呢?根据《基金法》第88条第2款以及第90条第2款的规定,收益“归入”基金财产的情形有两类:(1)基金管理人、基金托管人运用基金财产从事了《基金法》禁止的投资运作行为或活动^⑦而取得的财产和收益;(2)将基金财产挪作他用而取得的财产和收益。在此两类情况下,收益必须归入基金财产。它们共同的要件是:第一,运用了基金财产,而不是其他非基金财产;第二,管理人或托管人实施了运用行为,而不是其员工的个人行为;第三,该等行为具有违法性,是禁止的或违反《基金合同》约定的投资运作行为;第四,运用基金财产获得了收益,假如未获收益,则不存在归入问题,但假如造成损失的,则应当赔偿。

由此可见,《基金法》上的“归入”的法律含义是特定的,违法运用基金财产的法律后果是连本金加收益全部回归基金财产,如果造成基金财产损失的,则应当赔偿。其体现的法律属性是一种“取之于基金财产而归之于或赔之于基金财产的”民事责任范畴,完全不同于《证券法》上的“归入”之内容。

另根据《基金法》第84条、第89条、第93条的规定,“没收违法所得”的情形有三类:(1)包括基金管理人、托管人在内的任何人违法动用基金募集期间募集的资金;(2)基金管理人或托管人从事了禁止的投资运作活动;(3)基金信息披露义务人,不依法披露基金信息或者披露的信息有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的。在此三类情况下,由监管部门责令返还,并没收违法所得。它们具有以下特点:第一,行为具有违法性,违反了有关法律的禁止性规定;第二,主体具有多样性,即违法主体不仅限于管理人和托管人,在基金募集行为结束前擅自自动

^⑦ 《基金法》第59条规定:“基金财产不得用于下列投资或者活动:(一)承销证券;(二)向他人贷款或者提供担保;(三)从事承担无限责任的投资;(四)买卖其他基金份额,但是国务院另有规定的除外;(五)向其基金管理人、基金托管人出资或者买卖其基金管理人、基金托管人发行的股票或者债券;(六)买卖与其基金管理人、基金托管人有控股关系的股东或者与其基金管理人、基金托管人有其他重大利害关系的公司发行的证券或者承销期内承销的证券;(七)从事内幕交易、操纵证券交易价格及其他不正当的证券交易活动;(八)依照法律、行政法规有关规定,由国务院证券监督管理机构规定禁止的其他活动。”

用募集资金的任何人,以及按规定应当履行信息披露义务的自行召集基金份额持有人大会的召集人,均可能成为违法主体;第三,同时具有没收和罚款双重财产性处罚。

由此可见,《基金法》上的“没收”是一种对违法行为人的惩处措施,属于由监管机关代表国家实施行政干预的行政责任范畴。

根据上述比较,唐建的“老鼠仓”行为所得,既不是利用基金财产获得收益,因而不属于应当依法归入基金财产的范畴,也不属于应当依法没收上缴国库的范畴。更为重要的是,唐建的违法所得的152万元,也不等同于基金财产因其侵权行为所受到的损失。“等同”的主张反映了人们对基金投资属性认识的模糊。鉴于唐建的“老鼠仓”行为客观上会使阿尔法基金投资标的股票的成本有所增加,即使是微乎其微,也损害了基金份额持有人的“信托受益权”,因此,按照《基金法》第97条的规定,基金投资人有权依法提起诉讼或者仲裁要求承担基金投资收益损失之赔偿责任。

(四) 基民有权代表基金财产或代理全体基金投资者行使诉讼或仲裁权吗? 基民在《基金法》上的权利是受益权还是共益权?

结论是否定的,基金份额持有人代表基金财产或者代理全体基金投资者行使诉讼权或仲裁权既缺乏法理依据,实践中也是行不通的。众所周知,我国新《公司法》引入了股东代表诉讼制度,它的基本含义是指公司的董事、监事、高管人员在执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定,或者公司的控股股东、实际控制人或者他人侵犯了公司利益给公司造成损失,而公司怠于行使追索权的,符合条件的股东可以为了公司利益以自己的名义起诉前述主体,要求其承担赔偿责任,并将获赔的损失归入公司的一种制度安排。根据这一制度安排,《证券法》第47条规定,当上市公司董事会怠于对短线交易获得收益的行为人行使短线交易归人权时,符合条件的上市公司股东可以起诉短线交易行为人,要求其将短线交易收益归入公司。这就是上市公司股东的短线交易归入诉讼权,它是《公司法》上规定的股东代表诉讼的一个特例,即发起诉讼的主体是上市公司的符合条件的股东。

上市公司股东的短线交易归入诉讼权,具有代表性(代表全体股东)和代位性(代位公司)的双重特性,是股东“当家作主”的重要体现。

上市公司股东的该项权利属于“少数股东权”,即必须是连续180日以上单独或者合计持有公司1%以上股份的股东才有权提起诉讼;同时,股东起诉的目的不只是为自己,而是通过公司为全体股东,具有公益性性质,是一项“公益权”。法律之所以赋予股东这项权利,是基于股东的出资地位所决定的,它是一种静态的、效力法定的权利,只有当股东丧失股东资格时,其法定效力才自然消亡。

与股东代表诉讼相呼应的是证券投资者的证券民事赔偿诉讼,例如,上市公司虚假陈述、内幕交易、操纵证券市场等民事赔偿诉讼。相对于股东代表诉讼,投资者未必是上市公司股东,也没有必要维持上市公司股东之地位,投资者通过买卖上市公司的证券而不断变化着自己股东与非股东(为表达通俗化,合称“股民”)的角色。股民只要认为自己的权益受到了侵害,就可以直接向侵害人提起索赔诉讼。因此,证券民事赔偿诉讼权是《证券法》赋予证券投资者(或股民)为了自己的利益而寻求将损失财产回归于自己的一项“自益权”。从本质上讲,它是一种侵权的民事责任请求权。

股东代表诉讼和投资者证券民事赔偿诉讼是两种完全不同的司法救济制度,两者的本质区别在于行为人侵害的客体不同,前者是侵害了公司法人组织的财产权,而不是直接体现为侵害股东个人财产权;后者则直接侵害了证券投资者个人的财产权。这个特性决定了股东和股民维权的目的是为了自己还是为了公共利益。

基金投资者(俗称“基民”,指持有或曾经持有某特定基金之基金份额的自然人或机构)的基金投资行为从表面看,兼具有股东和股民的特性。基民通过申购、认购而参加基金集合体,集合体的资产是开放式的、变化着的,同时也是一个虚拟的投资主体;而股东通过向公司出资(投资)而成为封闭式的、资产相对静态化的实体组织的成员。另一方面,当基民参加这个集合体后即丧失对其投资资产的管理和运作权,丧失了当家作主的基础,更不可能代表其他基金投资者当家作主,而只享有投资收益权,这又区别于股民自己直接实施证券投资管理行为。

基民的这些特征是由基金(这里特指公募基金)属于信托产物所决定的。根据这个特性,本人认为信托财产受到损害时的司法救济方法也有所不同:(1)当发生来自管理人和托管人以外的侵权而使基金

财产受到损失时,遭遇损害的客体既指向基金财产的收益权,也指向持有人的信托受益权,具有两重指向性。基民可以为自己的利益以自己的名义单独提起损害赔偿诉讼。基金管理人也可以为基金财产的利益以自己的名义提起损害赔偿诉讼。(2)当基金管理人、基金托管人在履行各自职责的过程中,违反《基金法》规定或者基金合同约定,给基金财产或者基金份额持有人造成损害的,应当分别对各自的行为依法承担赔偿责任;因共同行为给基金财产或者基金份额持有人造成损害的,应当承担连带赔偿责任(《基金法》第83条)。在此情况下,遭遇损害的客体直接指向基民的信托受益权,基民可依据《基金法》第70条第7项的规定直接以自己的名义提出索赔之仲裁请求。假如侵害行为存在违约与侵权的竞合,则基民也可选择诉讼求偿。

可见,基金信托产物的特性,决定了基民不能代表其他基金投资者当家作主,也不能代表基金财产当家作主。当信托受益权受到损害时,基民只能代表自己行使诉讼或者仲裁权。

四、加强基金纠纷的研究、立法与司法实践刻不容缓

近年来,随着我国基金业的快速发展,围绕基金财产这个纽带而发生的民事纠纷也呈现出多样化、复杂化的趋势。与之形成鲜明对比的是,我国有关法律法规却没有得到应有的发展和完善,司法实践更是滞后。例如,最高人民法院颁布并于2008年4月1日起施行的《民事案件案由规定》(以下简称《案由》),在规范与基金有关的纠纷案由方面,仍然规定为“证券投资基金交易纠纷”,属于“证券纠纷”大类中的“证券交易合同纠纷”中的一种。而恰恰是最近十年,我国的证券投资基金,特别是公募基金得到了超世界常规的迅猛的、可喜的发展。《案由》却视而不见,与十年前在《民事案件案由规定(试行)》中的规定没有任何发展和变化。相对于基金纠纷,围绕证券公司层面的纠纷案由则具有较为明显的发展,比如规定了融资融券交易纠纷。再比如,根据《证券法》的有关规定,一般的“证券”是指股票和公司债券,不包括基金。因此,把基金纠纷包含在“证券纠纷”大类中是不妥的。此外,除

了少数交易型开放式指数基金(ETF)、上市开放式基金(LOF)以及封闭式基金之外,基金不存在上市交易问题,因此,将基金纠纷定性为“证券交易合同纠纷”也是不妥的。显然,反映了立法部门对于围绕证券公司层面的纠纷比较关注和熟悉,而对于基金公司层面的纠纷则比较生疏。

没有规定并不代表现实中没有纠纷。这些纠纷是客观存在的,只是人们对它的认识、研究以及解决途径还不够深入了解,或者还没有引起更多的法律人、监管部门,以及立法者的关注和重视。目前,基金纠纷存在“三难”现象。

第一,基金纠纷定性难。在我们参与解决的一些基金纠纷中,对于发生在投资者、管理人以及代销机构之间的纠纷并不少见,但各地人民法院的案由五花八门,承办的法官也十分头疼,甚至不知道属于侵权纠纷还是违约纠纷,违法的话究竟是违反了哪个法?据我们了解,到目前为止,很少有案件进行到判决层面。这其中与法院比较谨慎、担心错判不无关系。甚至明明是投资者因认识有错误而本不该发生的诉讼,但在法院那里还当作一件非常复杂的案件来对待。

基金纠纷之所以定性难,应该与主体的复杂性有一定的关系。以基金财产为纽带连结着七个不同权利义务的主体(基金投资者、管理人、代销机构、托管人、基金财产,特殊情况下的侵权行为人,股票性基金的上市公司),任何一个纠纷的发生都可能涉及多个主体,其中,如何准确判断当事人主体资格也决定了能否对案件准确定性。

第二,基金纠纷举证难。通过“老鼠仓”仲裁案件,我们也了解了此类纠纷的举证之困难。此类纠纷涉及技术层面、基金投资知识层面以及法律知识层面等多个方面的问题,都必须有所了解 and 储备,较之一般的诉讼确实困难。例如,在基民信托受益权纠纷中,基民的自益权索赔诉讼或仲裁,必然涉及多个层面的举证问题。特别是侵权纠纷中,既要证明自己是适格的原告,又要证明基金的投资组合具体的投资情况,包括买卖时间、成本以及受损结果,等等。

第三,基金纠纷起诉难。是指有些纠纷的原告不知如何确定,是投资者,还是基金管理人,或是托管人?法律对此规定不明。当基金财产受到损害时,没有人作为原告主动提起索赔诉讼或仲裁请求。例如,

《基金法》第88条第2款以及第90条第2款均规定了基金管理人、基金托管人非法运用基金财产而取得收益的应该归入基金财产。然而,这个归入请求权究竟由谁行使呢?当然,也许通过监管部门的干预就可能达到归入结果,但倘若没有规定民事责任救济途径的话,这种权利就存在瑕疵,就必须完善。

相似的情形还有缺乏基金管理人行使诉讼权的具体规定,管理人为了基金份额持有人利益代表基金财产以自己的名义行使诉讼权,既是《基金法》上的权利,也是法定的职责。但当管理人懈怠履行职责时,就应该有补充救济措施。遗憾的是,《基金法》第19条只是笼统地规定了“以基金管理人名义,代表基金份额持有人利益行使诉讼权利或者实施其他法律行为”,并没有对管理人行使起诉权的范围作出相应的规定。这也许是至今为止,未见基金公司主动发起诉讼的原因之一。

我们呼吁有关机关、法律界人士以及立法部门重视围绕基金所产生的法律问题,在加强监管,提高监管水平的同时,也应当重视法律救济方法和手段的完善,这样一方面可以在促进基金行业健康发展的同时更好地保护中小投资者的合法利益;另一方面,也可以减少无谓的争诉,排除干扰基金相关企业发展的不利因素,促进我国基金行业的健康发展。